



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

AMORA NOGUEIRA OLIVEIRA

O dano moral decorrente de violência doméstica por lesão à dignidade da mulher

Brasília - DF

2014

AMORA NOGUEIRA OLIVEIRA

O dano moral decorrente de violência doméstica por lesão à dignidade da mulher

Monografia apresentada pela aluna Amora Nogueira Oliveira, como requisito para a conclusão do Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília - DF, ____ de _____ de 2014.

Banca examinadora:

Professor Júlio César Lérias Ribeiro

Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus pais, Fernanda e Cláudio, que sempre me apoiaram e me deram força para seguir no meu caminho.

Agradeço também à minha irmã, Alice, por todo o carinho e energia transmitida.

Aos meus amigos, que sempre me assessoraram nos momentos de dúvidas.

Em especial, agradeço ao meu orientador, Professor Júlio Lérias, que me auxiliou durante o processo para a realização deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho abordou o dano moral nas situações decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nele foi discutida a possibilidade de aplicação desse meio compensatório para casos sucedidos em virtude de ocorrências prejudiciais no âmbito doméstico e familiar que, muitas vezes, ferem mais a dignidade da pessoa humana do que a integridade física. Para esse questionamento teve-se como resposta a hipótese afirmativa. A solução da problemática em questão se deu especialmente por meio da análise dos fundamentos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e na Lei 11.340 de 2006. Não há vedação estabelecida em lei para esse meio de reparação, muito pelo contrário, conforme foi mostrado ao longo deste trabalho, a compensação pelo dano moral será possível, pois havendo o ato ilícito e sendo realizada a comprovação da consequência danosa, o responsável pela lesão ficará obrigado a repará-la. Assim como as previsões legais, alguns doutrinadores também se mostraram favoráveis a essa reparação haja vista que esse tipo de violência afeta um bem extrapatrimonial dos direitos da personalidade e o que está conferido à pessoa.

Palavras chaves: Violência doméstica e familiar contra a mulher. Direitos da personalidade. Dignidade da pessoa humana. Meio compensatório. Dano moral.

SUMÁRIO

Introdução.....	6
Capítulo 1- A doutrina do dano moral no direito civil contemporâneo	
1.1. Direito da personalidade.....	8
1.2. Responsabilidade civil e seus pressupostos.....	15
1.3. Dano moral: generalidades.....	20
Capítulo 2 – A doutrina do dano moral e a violência doméstica	
2.1. Dano moral contra a mulher e direito da personalidade.....	26
2.2. Dano moral: violência doméstica como violência de gênero.....	30
2.3. Dano moral e violência doméstica: meios reparatórios.....	34
Capítulo 3 – Análise jurisprudencial da tutela dos direitos da personalidade decorrente de violência doméstica	
3.1. Jurisprudência favorável à tutela do dano moral na violência doméstica.....	39
3.2. Jurisprudência desfavorável à tutela do dano moral na violência doméstica.....	45
Conclusão.....	49
Referências.....	51

INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher existe há muito tempo, contudo tornou-se mais conhecida a partir do século XIX por causa da constitucionalização dos direitos humanos. No Brasil, esta violência passou a ser mais discutida e tratada por diversas disciplinas principalmente com a advento da Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Esta Lei ficou conhecida como “Lei Maria da Penha”, uma homenagem prestada à Maria da Penha Maia Fernandes que sofreu incontáveis abusos do marido.

Mesmo com o suporte desta Lei, o número de vítimas ainda é elevado. Nota-se a importância em abordar este tema em virtude da frequência com que ocorre este tipo de violência e também por acontecer num âmbito mais privado. A violência doméstica é um ato que afeta todo o seio familiar e suas consequências são relevantes haja vista que a família é um bem tutelado e o Estado é um dos responsáveis por protegê-lo. Ademais, além das formas previstas de proteção à esse tipo de violência, tais como prisão e medidas protetivas, vê-se a necessidade de analisar um meio de reparação do dano causado à vítima.

No presente trabalho será discutida a viabilidade de compensação por dano moral nas situações de violência doméstica e familiar contra a mulher. Existe a possibilidade da compensação do dano sofrido por meio do dano moral? Se for possível essa reparação, como ela deve ser feita? Existe um valor fixo e correto para a compensação? Como deve ser aplicado? E o juízo competente para julgar a demanda?

A hipótese desta pesquisa apresenta resposta afirmativa à questão principal proposta, diante dos argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais a serem desenvolvidos no decorrer do texto monográfico. No que concernem as questões derivadas do problema principal estudaremos as formas, meios e competências atinentes a estas no decorrer deste trabalho.

No primeiro capítulo será feita uma análise mais geral sobre o tema que servirá como base durante todo o trabalho. Iremos compreender o que são os direitos da personalidade do mesmo modo como os elementos necessários para

configurar a responsabilidade civil e, assim, apreciar o dano moral como meio reparatório.

Posteriormente, o capítulo seguinte será tratado de maneira mais específica porque iremos adentrar ao tema violência doméstica. Neste tópico veremos que a violência contra a mulher se trata de uma violência de gênero e que muitas vezes afeta mais a dignidade da pessoa da vítima do que a integridade física violada. Fazendo este estudo poderemos chegar a um ponto extremamente importante, o dano moral como meio reparatório da violência doméstica.

No terceiro capítulo, será feita uma análise jurisprudencial a respeito do caso. Como foi aplicado ou não este dano moral como reparação em situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, seu modo e valores. A apreciação também será feita de quando o dano moral não poderá ser aplicado como condenação ao causador da lesão e os argumentos que baseiam esta decisão.

Apresenta-se a resposta afirmativa desta pesquisa por meio da metodologia empregada mediante investigação de bibliografia da doutrina nacional e documental e a análise mediante julgados colacionados ao texto desta monografia.

Capítulo 1 - A doutrina do dano moral no direito civil contemporâneo

Neste capítulo, será feita uma análise mais geral sobre o tema que servirá como base durante todo o trabalho. Iremos compreender o que são os direitos da personalidade do mesmo modo como os elementos necessários para configurar a responsabilidade civil e, assim, apreciar o dano moral como meio reparatório.

1.1. Direito da personalidade

Foi durante a segunda metade do século XIX que surgiram as primeiras ideias acerca dos direitos da personalidade. Esta expressão foi dada por jusnaturalistas franceses e alemães para mostrar os direitos intrínsecos do homem.¹ Sem os direitos da personalidade, todos os outros direitos não fariam sentido para o ser humano, haja vista que sem eles a pessoa não seria mais pessoa.²

A ideia desses direitos nasceu no momento que o liberalismo imperava, e por isso, a objeção em aceitar esta categoria era forte. Juristas como Savigny, Von Thur e Enneccerus podem ser destacados por terem sido contra a categoria dos direitos da personalidade. Segundo Schreiber, eles afirmavam que “os direitos da personalidade configuravam uma contradição nos próprios termos, já que tinham como *objeto* o próprio *sujeito*”.³ Ainda corroboravam para esse pensamento opositor as diversas desavenças entre os que apoiavam a criação desses direitos, por exemplo, no que dizia respeito a quais eram os direitos de personalidade.⁴

Eles só ganharam força quando a Assembléia Geral das Nações Unidas acatou na Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de

¹ Roberto de Ruggiero, 1999 apud SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p. 5, 2011.

² Adriano de Cupis, 1950 apud SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p. 5, 2011.

³ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p. 5, 2011.

⁴ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.5, 2011.

seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.⁵

Schreiber demonstra que tal afirmação fez com que, a partir da segunda metade do século XX, a dignidade humana fosse agregada às Constituições. Estas a consideravam “como a verdadeira razão de ser do Estado Democrático de Direito”.⁶ Na Constituição Federal esta previsão encontra-se expressa em seu artigo 1º, inciso III.⁷

Porém, durante os anos 90, mesmo com a previsão constitucional, o fundamento da dignidade humana sofreu com a resistência dos opositores que declinavam mais à tradicional ideia liberal e patrimonialista. Mesmo assim, o pensamento mais humanista conquistou novas gerações de civilistas e foi reforçada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que aplicava esses princípios constitucionais nos litígios entre os particulares. No início do século XXI, aparentou que o direito civil seria renovado com a proteção da dignidade humana e da solidariedade social.⁸

Pouco tempo depois nasceu o Código Civil de 2002, mas ele não foi totalmente inusitado, mesmo com as mudanças que aconteceram naquela época. Para a formulação do Código, o Congresso Nacional recuperou um projeto que foi elaborado em 1970, época da ditadura militar no Brasil. Como se pode imaginar, o novo Código era deficiente em razão da não aplicabilidade dos novos princípios, pois o Brasil só passou a adotá-los depois da elaboração do antigo projeto.⁹

No entanto, nem tudo estava perdido, alguns aspectos importantes tinham sido inseridos no novo Código Civil mesmo que de modo mais reservado. E o

⁵ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p. 6, 2011.

⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.7, 2011.

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

⁸ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.10, 2011.

⁹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.10, 2011.

mais significativo deles para nós é o capítulo dedicado aos direitos da personalidade.¹⁰

Esses direitos podem ser definidos de modo geral como uma categoria especial de direitos subjetivos que tem como base a dignidade da pessoa humana e tem a finalidade de garantir o gozo e o respeito a própria pessoa titular do direito em qualquer manifestação.¹¹

Mas o que é dignidade humana? Durante toda sua história não teve um conceito único, mas pode-se dizer que todos os significados giram em torno do mesmo ponto central: “de que a espécie humana possui uma qualidade própria, que a torna merecedora de uma estima (*dignus*) única ou diferenciada”.¹² Por isto, quer-se dizer que a dignidade humana não vem de alguma circunstância alheia, ela já é da essência do ser humano. Definir-la é algo complexo especialmente porque ela não pode ser analisada de maneira fechada. Assim, Schreiber a conceitua de uma maneira ampla como:

“A dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural”.¹³

Todavia, mais importante que dar um significado a dignidade humana é saber que a finalidade dela é a proteção das pessoas, tendo ela “sempre como um fim e nunca como um meio”.¹⁴ Assim, torna-se contrário a esse preceito tudo que transformar a pessoa na condição de objeto. O objeto é um atributo da pessoa e não a pessoa em si, ele está relacionado com a matéria de fato que tem a proteção jurídica.¹⁵

Como a definição de dignidade humana não é algo definitivo, haja vista o que é relevante para o ser humano é variável em razão de diversos fatores, essa alteração do que é fundamental para o ser humano não é vista com bons olhos

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.11, 2011.

¹¹ BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.25, 2005.

¹² SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p. 8, 2011.

¹³ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p. 8, 2011.

¹⁴ Kant, 1997 apud SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p. 8, 2011.

¹⁵ BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.24, 2005.

pelos juristas, já que eles estão sempre em busca do que está estabelecido para dar uma segurança à sociedade. Assim surgiu a necessidade de classificar os principais atributos da dignidade humana, sem deixar de observar que ela é mutável.¹⁶

Temos como qualidade da condição humana a proteção à honra e à privacidade, por exemplo. A violação a esse bem pode ocorrer pelo uso indevido da imagem, pela invasão à privacidade e pela agressão física ou psicológica. Quando ocorre um abuso a problemática não é resolvida tão facilmente no âmbito jurídico, não há como simplesmente mencionar o princípio da dignidade humana. Existe a necessidade de analisar cada caso sob uma perspectiva diferente. Para essa análise os direitos da personalidade usados no passado voltaram a época contemporânea para serem examinados novamente.¹⁷

Ao longo do tempo em que a censura aos direitos da personalidade foram superados, notou-se que a personalidade teria que ser analisada sob dois pontos. O primeiro o subjetivo, a capacidade que a pessoa, seja física ou jurídica, tem para ser titular de direitos e obrigações. O segundo o objetivo, são as características e atributos de cada pessoa, vista como um objeto de proteção do ordenamento jurídico, neste estão enquadrados o direitos da personalidade.¹⁸

Esses direitos podem ser classificados como intransmissíveis e irrenunciáveis e estão previstos no artigo 11 do Código Civil. Como elemento essencial da condição humana, eles não podem ser alienados ou transmitidos a ninguém, seja por ato entre vivos ou em razão da morte do titular do direito.¹⁹ Cupis ainda fala da indisponibilidade como elemento desses direitos.²⁰

A intransmissibilidade é inerente a todos os direitos da personalidade. Esse elemento existe na natureza do objeto o qual é inseparável do sujeito que o origina em razão da natureza das coisas. Até mesmo o ordenamento

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.8, 2011.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.9, 2011.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.6, 2011.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.23, 2011.

²⁰ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da personalidade. 1ª ed. Editora Romana Jurídica, Campinas, p. 55, 2004.

jurídico não pode permitir que o titular desista dos direitos que tem caráter essencial.²¹

O segundo elemento, a indisponibilidade, se liga de certa forma a intransmissibilidade.²² Quando um direito da personalidade é intransmissível ele também é indisponível, não pode mudar de sujeito em razão da natureza do próprio objeto mesmo quando houver a vontade do titular deste. Esses direitos encontram-se numa categoria que até mesmo o próprio titular não tem poder jurídico e, conforme Cupis expõe, “podem classificar-se como direitos com conteúdo mais restrito que o normal”.²³

Contudo, no caso do sujeito titular dos direitos ser falecido e sofrer um fato que atente a estes, o artigo 12 do Código Civil estabelece que os herdeiros terão legitimação para tomar as medidas cabíveis para cessar com a lesão ou ameaça. Uma das razões para tal atitude é para que essa violação ao direito do falecido não gere uma ineficácia à proteção dos direitos da personalidade, já que o objetivo é a proteção máxima deles.²⁴

O poder de renunciar algo leva a possibilidade de disposição, assim, quando um direito é indisponível ele também se torna irrenunciável, isso devido ao caráter essencial. Ao dizer que os direitos da personalidade são irrenunciáveis costuma-se entender que mesmo por vontade do titular destes, eles não poderão deixar de existir.²⁵

A renúncia do direito da personalidade, como já foi posta, não é possível. O Código protege a pessoa contra os efeitos da própria vontade. O legislador afirma que o titular do direito não pode renunciá-lo com um caráter permanente. Todavia, especialmente nos dias de hoje, é socialmente admitida uma limitação a alguns dos direitos da personalidade. Tal exposto encontra-se expresso

²¹ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da personalidade. 1ª ed. Editora Romana Jurídica, Campinas, p. 51, 2004.

²² CUPIS, Adriano de. Os Direitos da personalidade. 1ª ed. Editora Romana Jurídica, Campinas, p.56, 2004.

²³ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. 1ª ed. Editora Romana Jurídica, Campinas, p. 58, 2004.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.24, 2011.

²⁵ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da personalidade. 1ª ed. Editora Romana Jurídica, Campinas, p.58, 2004.

no Enunciado nº 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil. Temos como exemplo a permissão de furar a orelha e expor informações em redes sociais. Essas formas de liberdade não devem ser vedadas pela ordem jurídica nos casos em que o titular do direito, em razão de uma vontade individual, só tiver o objetivo de uma realização da personalidade.²⁶

Na prática, a linha que diferencia a realização e uma violação ao direito da personalidade é muito tênue, dificultando assim a distinção realizada pelo jurista. Para analisar isso é necessário observar alguns pontos importantes.²⁷

O primeiro é a duração e o alcance - se a autolimitação for irrestrita ou permanente não deve ser admitida, pois assim estaria se tornando uma renúncia. Outro aspecto é a intensidade, por isto quer dizer a quanto o direito da personalidade está sendo restringido. Por último, a finalidade, a limitação voluntária do exercício de um direito da personalidade deve estar ligada a um interesse direto e imediato do próprio titular. Esses aspectos descritos que tem o objetivo de auxiliar o jurista nos casos concretos não representam um consenso.²⁸

O papel de controle da legitimidade das limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade é difícil. Se de um lado a ordem jurídica não deve permitir a diminuição da dignidade do homem, mesmo que voluntária, por outro não deve, alegando proteção, proibir novas manifestações da personalidade humana que por mais diferentes que possam ser não devem ser reprimidas. Não cabe ao direito negar “a função expressiva de uma verdade diversa e anticonformista, às vezes destinada a se tornar a verdade de amanhã”.²⁹

Os direitos da personalidade são considerados como direitos fundamentais porque, quase que em sua totalidade, os que são estabelecidos pelo Código Civil estão expressos na Constituição Federal. Porém, até mesmo os que não têm previsão no texto constitucional são citados como consequência da dignidade humana. Entretanto, Schreiber ressalta que “nem todos os direitos

²⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.26, 2011.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.27, 2011.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.27, 2011.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Editora Renovar, Rio de Janeiro, p. 162, 2002.

fundamentais, contudo, são direitos da personalidade, já que o rol constitucional se propõe a assegurar proteção também a outros interesses”.³⁰

O Código Civil regula no capítulo que trata sobre os direitos da personalidade sobre o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade. Isso representa um progresso com relação ao Código Civil anterior que tinha como ponto principal o patrimônio. Essa novidade do Código deve ser entendida como um compromisso assumido pelo direito civil no que diz respeito a proteção e promoção da personalidade humana.³¹

Contudo, a unidade do que está sendo protegido juridicamente deve ser entendida para compreender que o nosso Código Civil não dispõe dos direitos da personalidade de maneira taxativa nem fechada. Além dos que estão elencados por ele outros podem aparecer durante a apreciação de conflitos entre particulares.³²

Esses outros direitos da personalidade que não estão previstos pelo Código também merecem ser protegidos. Como exemplo, temos o direito à identidade pessoal que deve ser tutelado em virtude do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, o direito à integridade psíquica e o direito à liberdade de expressão. Os direitos que não encontram previsão legal causam uma discussão doutrinária e jurisprudencial com o intuito de definir se a manifestação integra ou não a dignidade humana. A análise é feita observando se a manifestação consiste em elemento essencial da personalidade humana.³³

Há também o reconhecimento de novas esferas essenciais, e em razão disso critérios para definir esses novos direitos devem ser criados. Isso é de extrema importância para que não haja a banalização do instituto, já que nos dias de hoje a indenização por dano moral se tornou o principal meio de proteção da pessoa humana.³⁴

³⁰ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p. 13, 2011.

³¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.11, 2011.

³² SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.14, 2011.

³³ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.15, 2011.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.16, 2011.

1.2. Responsabilidade civil e seus pressupostos

A passagem da responsabilidade civil do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002 não foi muito inovadora. Conforme Queiroga afirma, somente foram inclusos no Código “temas já consagrados em leis esparsas, na doutrina e na jurisprudência dos nossos tribunais”. A grande novidade foi a previsão do dano moral, de acordo com o que previa a Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos V e X.³⁵

Os significados a respeito de responsabilidade são os mais diversos. Existe a corrente do livre-arbítrio que repugna à ciência. Outros se fundamentam na distinção entre psicologia normal e patológica. Por último, existe a sociológica que tem a responsabilidade como um aspecto da realidade social.³⁶

A dificuldade em conceituar a responsabilidade civil é grande. Diniz pontua alguns autores que se utilizam da culpa para formular uma definição. Pirson e Villé acreditam que a responsabilidade é uma obrigação imposta à uma pessoa pelas normas tendo ela que responder pelos prejuízos causados pelas suas ações. Sourdat conceitua como o dever de reparar o dano que foi causado seja por autor direto ou indireto. Savatier define como uma obrigação que alguém tem de reparar o dano que foi causado a outrem em virtude de um fato próprio, ou de pessoas ou de coisas que dele dependam.³⁷ Outros autores veem essa responsabilidade de uma maneira mais ampla, Dias cita como exemplo Josserand.³⁸ Nesse caso ela não é vista somente pela culpabilidade, mas também pelos prejuízos gerados, o equilíbrio de direitos e interesses. Assim, a compreensão contemporânea admite dois pólos: o objetivo, o ponto principal é o risco criado e o subjetivo que tem como aspecto mais importante a culpa.³⁹

³⁵ QUEIROGA, Antônio Elias de. Responsabilidade civil e o novo código civil. 2ª ed. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 201, 2003.

³⁶ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11ª ed. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p.3, 2006.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 49, 2011.

³⁸ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11ª ed. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p.22, 2006.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 49, 2011.

Serpa Lopes observa que a responsabilidade é o dever de reparar o dano, tendo ele ocorrido por culpa ou outra circunstância legal que justifique o fato.⁴⁰

A responsabilidade civil é conceituada por Diniz como:

“A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”.⁴¹

Diniz ainda acrescenta que esse conceito tem em sua composição a ideia de culpa quando pensa sobre a existência do ilícito (responsabilidade subjetiva) e a do risco, responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).⁴²

A responsabilidade civil subjetiva tem a ideia de culpa estritamente ligada a ela. Nessa linha de pensamento, ninguém pode ser censurado ou reprovado se não faltou com o dever de agir. Por isso, pela teoria clássica, o principal elemento na responsabilidade civil subjetiva é a culpa. No artigo 186 do Código Civil de 2002 esse requisito encontra-se expresso como fundamento dessa espécie de responsabilidade, mas o termo “culpa” deve ser compreendido amplamente, pois ele não se restringe só à culpa *stricto sensu*, diz respeito ao dolo também.⁴³ O ponto fraco dessa teoria é em razão da demonstração da culpa do agente causador ser imposta à vítima. Em muitos casos não tem como comprovar e, no final das contas, a vítima não é compensada, haja vista que a reparação do dano só pode acontecer quando a culpa do agente é provada.⁴⁴ Nos dias de hoje, com o desenvolvimento e o crescimento da humanidade, nota-se que essa visão clássica é difícil de ser aplicada em alguns casos.⁴⁵

Analisando essa problemática existente na teoria da culpa, surgiu a responsabilidade objetiva, conhecida como teoria do risco, onde não há a

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 50, 2011.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 50, 2011.

⁴² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 50, 2011.

⁴³ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 16, 2010.

⁴⁴ QUEIROGA, Antônio Elias de. Responsabilidade civil e o novo código civil. 2ª ed. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 10, 2003.

⁴⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 16, 2010.

necessidade da culpa.⁴⁶ Nesse caso, o que importa é a existência do nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado.⁴⁷ Ela iniciou na Itália, Bélgica e França até que passou a ser utilizada pela lei brasileira e, atualmente encontra previsão no Código Civil de 2002.⁴⁸

Em alguns casos utiliza-se a teoria da culpa e em outros a teoria do risco. Na primeira, ainda é necessária a demonstração da culpa, porém, inverte-se o ônus da prova, ou seja, agora o agente acusado pelo fato danoso é quem deve provar que não cometeu tal ato alegado ou que a responsabilidade não é pertinente a ele. Na segunda, somente é necessária a ligação entre o dano e a ação ou omissão, nesta teoria não se adentra ao mérito de culpa ou dolo.⁴⁹

Para configurar a responsabilidade civil é necessário que ela se enquadre em alguns requisitos. Porém, esses elementos essenciais não são bem definidos em razão da grande divergência dos doutrinadores a respeito deste assunto. Em meio a todos esses diferentes pontos de vista, podemos dizer que os pressupostos da responsabilidade civil são: ação ou omissão, ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano.⁵⁰ A culpa ou dolo também é uma condição da responsabilidade civil.⁵¹ Esse requisito é tratado por Diniz junto com a ação ou omissão como fundamento da responsabilidade civil subjetiva. Deve ainda ser citado aqui o ato ilícito, porém, ele não é classificado como um elemento único e sim como o conjunto dos pressupostos da responsabilidade.⁵²

No que concerne a ação ou omissão, Diniz conceitua como:

“Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito,

⁴⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 16, 2010.

⁴⁷ QUEIROGA, Antônio Elias de. Responsabilidade civil e o novo código civil. 2ª ed. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 11, 2003.

⁴⁸ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 16, 2010.

⁴⁹ QUEIROGA, Antônio Elias de. Responsabilidade civil e o novo código civil. 2ª ed. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 12, 2003.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 53, 2011.

⁵¹ QUEIROGA, Antônio Elias de. Responsabilidade civil e o novo código civil. 2ª ed. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 201, 2003.

⁵² FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 12, 2010.

pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco”.⁵³

Em regra, quando um ato ilícito é praticado o dever de reparar é resultado da culpa. Esse ato ilícito existirá quando a ação for contrária a previsão legal, podendo ser integrado na esfera da responsabilidade extracontratual ou contratual, este último sendo cabível nos casos em que a obrigação assumida não for cumprida. Porém, quando ocorrer nos casos em que o agente agiu conforme a lei, então a compensação do dano não existirá mais em razão da culpa e sim do risco. Quando isso ocorre a responsabilidade é transferida da esfera subjetiva para a objetiva. Exemplos dessa situação são os artigos 927, parágrafo único e 931 do Código Civil, que estabelecem a responsabilidade por ato lícito.⁵⁴

A culpa e o dolo são diferenciados por Dias como delito e quase-delito, ou seja, o dolo é o delito e ele viola a norma por vontade e a culpa é o quase-delito que é a infração cometida sem maldade, mas que prejudica alguém.⁵⁵ Como já foi visto, a responsabilidade subjetiva tem entre os seus fundamentos a culpa que deve ser entendida tanto da forma dolosa como culposa. Queiroga conceitua a conduta dolosa quando há a vontade consciente do agente em praticar a violação ao dever jurídico. Já na conduta culposa não existe essa intenção em infringir o dever, ela pode acontecer pela imperícia, imprudência ou negligência.⁵⁶ Na imperícia inexistente habilidade ou aptidão para fazer determinada coisa, na imprudência a pessoa age no ímpeto ou exerce algo sem a devida cautela, por último, a negligência é a falta da atenção e do cuidado.⁵⁷

Outro elemento importante, a ocorrência do dano causado à vítima, pode ser moral e/ou patrimonial (o dano moral pode ser cumulado com o patrimonial, conforme súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça), e, como já observado, por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem ele responde ou por fato de animal ou coisa a ele ligada. A responsabilidade civil é inexistente quando não

⁵³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 53, 2011.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 53, 2011.

⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11ª ed. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 135, 2006.

⁵⁶ QUEIROGA, Antônio Elias de. Responsabilidade civil e o novo código civil. 2ª ed. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 21, 2003.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 58, 2011.

existir o dano, este tem que ser determinado, a um bem ou interesse jurídico, e ainda deverá ser provado.⁵⁸

O nexo de causalidade é o vínculo que liga o dano causado e a ação que o gerou. Sem essa ligação a responsabilidade civil não existirá. Se a pessoa lesionada sofrer um dano, porém esse não decorrer da conduta do réu, a indenização não poderá se estabelecer. Essa compensação só se dará quando não houver uma circunstância que exclua a responsabilidade do agente. Não irá configurar a relação de causalidade quando, por exemplo, o evento for por culpa exclusiva ou concorrente da vítima, caso de indenização devida por metade ou diminuída proporcionalmente, por culpa comum da vítima e do agente, por força maior ou caso fortuito, quando houver cláusula de não indenizar, que em alguns casos é nula. Nessas situações descritas a culpabilidade do agente considerado causador do dano é inevitavelmente eliminada e assim, a respectiva responsabilidade de indenizar acaba.⁵⁹

O ato ilícito é visto com duplo sentido, o estrito e o amplo. Ao dizer em sentido estrito afirma-se que o ato ilícito é o conjunto dos elementos essenciais da responsabilidade. Essa forma encontra previsão no artigo 186 do Código Civil e tem a culpa como centro do ato gerado. A culpa, como já observado, é o componente fundamental para a responsabilidade civil subjetiva. Em sentido amplo, o ato ilícito apenas demonstra a ilicitude do ato, é uma conduta contrária ao Direito. A culpa não é elemento importante, conforme o artigo 187 do Código Civil estipula comete esse ato ilícito mais abrangente quem excede os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou fim econômico ou social.⁶⁰ Para Diniz essa ação é praticada sem que o agente saiba que é ilícita, sendo assim não é um ato ilícito, é só um comportamento antijurídico.⁶¹

Dessa forma, quando alguém comete um ato culposos o qual viola o direito de outrem e, em razão desse fato é gerado um dano, temos um ato ilícito e

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 53, 2011.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 54, 2011.

⁶⁰ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 10, 2010.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 58, 2011.

assim surge o dever de indenizar.⁶² Contudo, há casos em que o fundamento da reparação muda da esfera da culpa e passa para o risco e, mesmo nesses casos a pessoa tem a obrigação de compensar o prejuízo.⁶³

A função da responsabilidade civil tem como fundamento básico o sentimento de justiça. Ela serve para fazer com que o agente violador do direito restabeleça o equilíbrio que foi rompido em razão do fato gerador do dano. Nesses casos, a vítima da lesão, sempre que possível, deverá voltar ao estado que se encontrava antes do fato danoso, ou seja, a compensação fixada deverá ser proporcional ao dano causado.⁶⁴

Cabe ressaltar que a violação do direito não só se refere aos da esfera contratual, mas especialmente os absolutos, reais e personalíssimos, como o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.⁶⁵

1.3. Dano moral: generalidades

Existem muitas teorias a respeito do dano como pressuposto fundamental para se configurar a responsabilidade civil. Contudo, é mais frequente a ideia de que se não houver o dano também não existirá o que indenizar.⁶⁶

Seguindo o pensamento de que o dano é um elemento essencial para caracterizar a responsabilidade civil Silva cita Henri Mazeaud e Léon Mazeaud:

“entende que não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar”.⁶⁷

⁶² FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 18, 2010.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 53, 2011.

⁶⁴ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 13, 2010.

⁶⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. Editora: Atlas, São Paulo, p. 18, 2010.

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 144, 2003.

⁶⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 27, 2005.

O conceito de dano é uma variável entre diversos autores. Silva afirma que alguns acreditam que ele se classifica somente quando houver um prejuízo real, negando assim o espiritual, como por exemplo, Ugo Enrico Paoli. Outros, como Francesco Canelutti, Alberto Trabucchi e J. M. Antunes Varela, creem que o dano pode ser considerado se a lesão de interesse for prevista juridicamente podendo ser de caráter patrimonial ou não. Dessa forma, a doutrina majoritária tende a aceitar o dano moral ao lado do material.⁶⁸

Contudo, essa definição de dano não deve se delimitar somente ao resultado do dano, ao sentido material. Para isso, Silva acredita que a posição de Hans Albrecht Fischer é a mais adequada. Ele considera o dano de duas maneiras. A primeira é a vulgar, o prejuízo sofrido na alma, no corpo ou nos bens, sem o questionamento de quem é o autor da lesão. A segunda é a jurídica que tem como base a mesma ideia, porém ela é delimitada pela condição do dever de indenizar ou da pena e o prejuízo gerado é em razão da violação dos direitos por ato alheio.⁶⁹

O dano é o resultado da lesão ou da injúria sobre o patrimônio moral ou material. Isto quer dizer que fere-se um direito por meio de um ato considerado ilícito. Silva ainda destaca que o principal grupo de direitos que podem ser violados por um ato ilícito é o dos direitos absolutos, este agregando os direitos da personalidade e os reais. No direito personalíssimo o autor cita os exemplos de Orlando Gomes como a vida, liberdade, saúde e honra. Ainda incluem-se outros como o nome. Nos direitos absolutos existe o direito de propriedade, contudo para classificar o ato como ilícito é necessário que o objeto da ação seja unificado.⁷⁰

Existem duas espécies de dano, patrimonial ou material e moral, imaterial ou não patrimonial e suas definições merecem ser analisadas para diferenciá-los.⁷¹

Em se tratando de dano patrimonial ou material, para que exista a obrigação de indenizar são necessárias algumas condições. A primeira é o elemento

⁶⁸ SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 29, 2005.

⁶⁹ SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 29, 2005.

⁷⁰ SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 27, 2005.

⁷¹ SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 30, 2005.

objetivo ou material que é a existência do dano, em segundo lugar o elemento subjetivo, dividido entre o sujeito ativo (responsável pelo dano ou pela reparação sem ter culpa) e o sujeito passivo (quem teve um direito lesionado) e, por último, o nexo causal, ou seja, o que deve ligar os sujeitos ao dano. O dano patrimonial implica numa lesão a bens com alto valor econômico, devendo ter uma diminuição do patrimônio, se isso não existir o dano não pode ser configurado.⁷²

Moraes define o dano patrimonial como a diferença causada pelo fato danoso entre o que se tem e o que se teria se ele não tivesse ocorrido. Desse modo, a “Teoria da Diferença”, reelaborada por Friedrich Mommsen, levou o dano para a esfera matemática o que fez com que ele se torna-se objetivo e calculável. Porém, é necessário manter a separação entre pessoa e seus bens – propriedade e obrigação, formando esses últimos um conceito único com a finalidade de se ter um objeto que pudesse ser protegido dos atos ilícitos.⁷³

Adentrando ao dano extrapatrimonial é importante ressaltar que ele não era admitido há algum tempo, mas isso vem se modificando. No Brasil houve dificuldade de aceitação perante a doutrina e a jurisprudência, porém, isso está tomando um novo caminho.⁷⁴ Schreiber afirma que o dano moral é “figura de notável importância na prática judicial brasileira”.⁷⁵

Moraes acredita que o dano moral não pode ser reduzido à lesão a um direito da personalidade, nem mesmo um efeito extrapatrimonial da lesão de um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial. Para a autora será sempre uma violação ao direito de proteção da pessoa humana mesmo que cause um prejuízo material, viole um direito extrapatrimonial ou seja praticado um ato que prejudique a dignidade, mesmo que esta ainda não se enquadre em nenhuma categoria definida pela norma jurídica.⁷⁶

⁷² SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 31, 2005.

⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 143, 2003.

⁷⁴ SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 37, 2005.

⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 16, 2011.

⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 183, 2003.

A mesma autora inclui na definição de dano moral as pessoas titulares de direitos personalíssimos que têm estes como parte da sua personalidade e sem nenhum tipo de conotação econômica. As lesões a esse direitos receberam o nome de morais, porque conforme ela coloca a afirmação de Orlando Gomes “atingem atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada á sociedade”. Assim, esse tipo de dano só podia estar relacionado aos direitos da personalidade violados.⁷⁷

Silva demonstra o conceito de Wilson Mello da Silva como o dano moral sendo “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. O autor ainda pontua René Savatier dizendo que quando houver lesão ao ser humano que não represente perda pecuniária então terá o dano moral configurado. Henri Mazeaud e Léon Mazeaud acrescentam também que o dano moral não está só relacionado ao imaterial, mas também aos sofrimentos físicos que não tem repercussão patrimonial. Os direitos violados pelo dano moral são postos por Arnaldo Medeiros da Fonseca através de Silva como os que envolvem lesões a direitos políticos, direitos personalíssimos ou inerentes a personalidade, como à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra, e direitos de família.⁷⁸

Schreiber indica que esse dano a personalidade humana pode às vezes ser entendido como “dor, vexame, sofrimento ou humilhação”, contudo esse modo de visualizar o dano moral, muito utilizado nos tribunais, tem o ponto negativo por configurá-lo em virtude das emoções subjetivas da vítima. Isso pode gerar consequências lamentáveis.⁷⁹

De acordo com a posição de Zannoni exposto por Diniz o dano moral “não é a dor, a angustia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima o evento danoso, pois estes estados de espírito

⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 155, 2003.

⁷⁸ SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 38, 2005.

⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 16, 2011.

constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano”.⁸⁰ Silva acrescenta também com a afirmação de Eduardo Zannoni que o direito não repara qualquer sofrimento causado “mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente”.⁸¹

Portanto, é importante saber que o conceito de dano moral não pode depender da ideia do sentimento ferido da vítima, porque além de ser cabível o questionamento a respeito de se aferir essa dor, isso é também impossível de se realizar. O dano moral deve ser entendido como a lesão a um direito da personalidade que se encontra sobre o objeto atingido, ou seja, o interesse lesado. As consequências emocionais concernentes dessa lesão não devem ser levadas em consideração para se caracterizar o dano moral.⁸²

Apesar do dano moral não ser a dor sofrida ele é experimentado por cada pessoa em cada caso de maneira diferente. Contudo, nem todas as pessoas que se sentem afetadas em seu estado de espírito por causa de uma lesão têm o direito de pleitear uma indenização. Será reparada a vítima que tenha interesse reconhecido juridicamente e que tenha tido um bem jurídico lesado. Porém, além da vítima, em determinadas situações, os lesados indiretos, por exemplo, a família de uma vítima de atropelamento, terão legitimidade para pedir a reparação do dano moral. Visto isso, cabe classificar o dano moral como direto e indireto.⁸³

O direto é uma lesão a um bem jurídico extrapatrimonial que se encontra nos direitos da personalidade (vida, integridade corporal e psíquica, liberdade, honra, decoro, intimidade, sentimentos afetivos, a própria imagem), nos atributos da pessoa (nome, capacidade, estado de família) e a lesão a dignidade da pessoa humana. O indireto é uma lesão a um bem jurídico patrimonial que gera um prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, por exemplo, a perda de uma coisa com valor afetivo.⁸⁴

Moraes assegura que a doutrina e a jurisprudência têm aceitado o dano moral quando fere o direito da personalidade, como vimos o dano direto, e

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 109, 2011.

⁸¹ SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 39, 2005.

⁸² SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 16, 2011.

⁸³ SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 39, 2005.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 109, 2011.

também aqueles que embora causem resultados na esfera patrimonial também geram efeitos relacionados à moral, dano indireto.⁸⁵

⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 157, 2003.

Capítulo 2 - A doutrina do dano moral e a violência doméstica

Este capítulo será tratado de maneira mais específica porque iremos adentrar ao tema violência doméstica. Neste tópico veremos que a violência contra a mulher se trata de uma violência de gênero e que muitas vezes afeta mais a dignidade da pessoa da vítima do que a integridade física violada. Fazendo este estudo poderemos chegar a um ponto extremamente importante, o dano moral como meio reparatório da violência doméstica.

2.1. Dano moral contra a mulher e direito da personalidade

A violência contra a mulher não é um acontecimento recente. Desde os primórdios ela já existia em vários lugares do mundo. A violência doméstica só passou a ocupar um papel importante no século XIX em virtude da constitucionalização dos direitos humanos, mas antes de adentrarmos nesse tipo de violência é necessário analisar a violência contra a mulher.⁸⁶

Esse último tipo é considerado uma violência de gênero. Nesse caso o termo gênero deve ser compreendido como uma categoria que serve para demonstrar as desigualdades sociais, econômicas e culturais que existem entre homens e mulheres.⁸⁷

A violência de gênero pode ser considerada um sinônimo de violência contra mulher que ganhou essa expressão nos anos 70 junto com o movimento feminista porque as mulheres eram o alvo principal desse tipo de violência.⁸⁸

Violência é quando alguém se utiliza da força física, psicológica ou intelectual sobre outra pessoa. Conforme expõe Teles “é um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser

⁸⁶ SOUZA, Valéria Pinheiro de. Violência doméstica e familiar contra a mulher – a lei Maria da Penha: uma análise jurídica. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/violencia-domestica-familiar-contramulher-lei-maria-.htm>>.

⁸⁷ TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 17, 2002.

⁸⁸ TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 19, 2002.

humano”.⁸⁹ A violência, é mais do que uma simples força, ela pode ser considerada como o próprio abuso da força.⁹⁰

Para definir violência contra mulher, Souza se utiliza da definição usada na Conferência de Beijing de Sonia Rovinski que é

“qualquer ato de violência que tem por base o gênero e que resulta ou pode resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, incluindo ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer se produzam na vida pública ou privada”.⁹¹

Violência contra mulher e violência doméstica e familiar, às vezes podem parecer ter a mesma definição, por isso cabe destacar as suas diferenças. A primeira tem um conceito mais amplo, como já visto, é a violência de gênero porque esta abrange várias formas de violência, por exemplo, a sexual, moral, espiritual, familiar, doméstica, e outras. A segunda, como pôde ser observado, é uma espécie da primeira.⁹²

A violência contra mulher recebeu esse nome em razão desta prática ser perpetrada contra o sexo feminino, apenas pela condição de mulher. Teles coloca que “essa expressão significa a intimidação da mulher pelo homem, que desempenha o papel de seu agressor, seu dominador e seu disciplinador”. Já a violência doméstica acontece no âmbito familiar e entre pessoas da família. A autora ainda destaca que alguns preferem chamar de violência intrafamiliar, neste caso acontece fora do espaço doméstico, mas continua sendo uma violência entre os membros da família. O problema desse termo é que ele não põe em foco a violência contra a mulher. Ele abrange outros integrantes da família, como crianças, idosos e portadores de deficiência, que tem a sua vulnerabilidade aproveitada como meio de

⁸⁹ TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 15, 2002.

⁹⁰ SOUZA, Valéria Pinheiro de. Violência doméstica e familiar contra a mulher – a lei Maria da Penha: uma análise jurídica. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/violencia-domestica-familiar-contramulher-lei-maria-.htm>>.

⁹¹ SOUZA, Valéria Pinheiro de. Violência doméstica e familiar contra a mulher – a lei Maria da Penha: uma análise jurídica. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/violencia-domestica-familiar-contramulher-lei-maria-.htm>>.

⁹² SOUZA, Valéria Pinheiro de. Violência doméstica e familiar contra a mulher – a lei Maria da Penha: uma análise jurídica. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/violencia-domestica-familiar-contramulher-lei-maria-.htm>>.

agressão. Porém, a linha que divide a violência doméstica e a intrafamiliar é muito tênue.⁹³

É importante ressaltar que as medidas cabíveis para a proteção dos direitos humanos das mulheres tem uma abordagem diferente em relação as outras categorias vítimas de violência.⁹⁴

A violência contra mulher pode se manifestar de diversas formas. Elas encontram previsão na Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006 cuja realização foi em razão da ratificação do Brasil na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção do Belém do Pará realizada em novembro de 1995. No Brasil, a violência doméstica se tornou mais conhecida em razão da Lei 11.340 que ficou conhecida como “Lei Maria da Penha” para homenagear uma vítima que sofria agressões do ex-marido.⁹⁵

Os meios pelo qual pode ser perpetrada a violência doméstica e familiar contra a mulher estão previstos nos incisos do artigo 7º da Lei 11.340.⁹⁶

⁹³ TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 19, 2002.

⁹⁴ TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 20, 2002.

⁹⁵ SOUZA, Valéria Pinheiro de. Violência doméstica e familiar contra a mulher – a lei Maria da Penha: uma análise jurídica. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/violencia-domestica-familiar-contra-mulher-lei-maria-.htm>>.

⁹⁶ I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Todavia, o próprio artigo deixa claro que outras formas não contidas nele também podem ser consideradas.⁹⁷

A violência como meio de discriminação por causa do sexo/gênero é muito grave. Ela é uma violação dos direitos inalienáveis da pessoa. Teles afirma que ela é reconhecida como uma violação dos direitos humanos desde a Conferência Mundial de Direitos Humanos que aconteceu na Áustria em 1993, porque embora não seja praticada por agentes de Estado é dever deste garantir a segurança pública. Este fenômeno acontece com mulheres de diferentes classes sociais, grupos étnicos, econômicos e profissionais.⁹⁸

A interação entre danos morais e direitos da personalidade é muito estreita. Por esse motivo existe o questionamento se é possível a existência de um fora do âmbito do outro. Em razão dos direitos da personalidade não serem patrimoniais eles encaixam-se perfeitamente para a aplicação do dano moral, que tem essa mesma natureza não patrimonial.⁹⁹

Sempre houve dificuldade em encontrar o meio mais viável para tutelar os direitos da personalidade. Em virtude de fundamentos patrimonialistas eles eram deixados de lado. Porém, com a chegada do dano moral isso se modificou, ele era a forma adequada para compensar esse direito absoluto lesado. Do mesmo modo, faltavam instrumentos seguros para a aplicação do dano moral, haja vista que estes eram deixados ao arbítrio do juiz e analisados com base num fator psicológico de aferição problemática, a dor moral. Posto isso, é de fácil constatação que não há possibilidade em se admitir os danos morais fora da esfera dos direitos da personalidade.¹⁰⁰

A personalidade recebe proteção com base nos fundamentos constitucionais. Logo no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal é explicitado que a República Federativa do Brasil tem como alicerce a dignidade da pessoa humana

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>.

⁹⁸ TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 23, 2002.

⁹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: dano moral. Editora: Forense, Rio de Janeiro, p. 347, 2002.

¹⁰⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: dano moral. Editora: Forense, Rio de Janeiro, p. 348, 2002.

e esse dispositivo é considerado como cláusula geral da tutela da personalidade. Isto quer dizer que além da Constituição, todas as outras esferas jurídicas devem ser interpretadas de acordo com o valor da dignidade da pessoa humana.¹⁰¹

O rol dos direitos da personalidade é aberto, ou seja, não existem só aqueles já definidos no Código Civil ou na Constituição Federal. Leite afirma que “todos os direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa são direitos da personalidade”. Mas podemos pontuar alguns já tipificados no sistema jurídico brasileiro como: direito à vida é inato, mas também indisponível; direito à liberdade, é o direito de ser livre, de ir e vir; direito à integridade física e psíquica; direito à privacidade, aqui incluem-se o direito à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem; direito à honra, reputação ou integridade moral; direito moral do autor, a criação intelectual; direito à identidade pessoal, este corresponde ao direito a ter um nome.¹⁰²

É importante destacar que quando ocorre uma lesão é difícil que esta atinja somente um dos direitos da personalidade, é comum que um conjunto deles seja violado, e isso deverá ser levado em consideração pelo magistrado quando ele fixar a compensação.¹⁰³

2.2. Dano moral: violência doméstica como violência de gênero

As formas de violência são as mais variadas. No caso em questão, analisamos a violência contra mulher, que pode ser chamada de violência de gênero. Esse tipo de agressão pode ocorrer no âmbito doméstico e é tratada nas relações afetivas entre os gêneros.¹⁰⁴ Kato coloca a violência, que tem múltiplos aspectos e acontece de diversas maneiras, como

“a expressão cultural da dominação machista cuja repercussão transcende o espaço doméstico, alcançando a sociedade como um

¹⁰¹ JÚNIOR, Sergio Vieira Branco. Direitos da personalidade, pessoas jurídicas e danos morais. Temas de direito civil empresarial ...

¹⁰² LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: dano moral. Editora: Forense, Rio de Janeiro, p. 355, 2002.

¹⁰³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: dano moral. Editora: Forense, Rio de Janeiro, p. 355, 2002.

¹⁰⁴ PEDRINHA, Roberta Duboc. Reflexões sobre a questão de gênero: violência e igualdade na atualidade. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, p. 83-94, dez. 1996.

todo e cujas consequências se fazem sentir no desenvolvimento social e econômico de cada país”.¹⁰⁵

A violência doméstica ocorre no mundo inteiro e afeta as mulheres, filhos, a sociedade e o desenvolvimento humano. Existem alguns mecanismos que visam dar proteção a pessoas submetidas a essa prática. No Brasil, temos a Lei Maria da Penha (11.340/2006) que tem como base o artigo 5º, parágrafo 2º c/c artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Existem outras convenções internacionais que tentam pôr um fim nesse fenômeno de discriminação e violência.¹⁰⁶

A violência doméstica tem reconhecimento na Constituição Federal também no artigo 226, parágrafo 8º, onde é previsto que o Estado deverá assegurar assistência aos membros da família e criar meios que coíbam a violência no âmbito de suas relações.¹⁰⁷

Para conceituar da melhor maneira a violência doméstica é necessário analisar os artigos 5º e 7º da Lei 11.340 em conjunto. Assim, Dias define que “violência doméstica é qualquer das ações elencadas no artigo 7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticada contra a mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva”. É válido lembrar que não é necessário que a vítima e o agressor convivam ou tenham convivido, basta que eles mantenham ou tenham tido um vínculo de natureza familiar.¹⁰⁸ Existe ainda na Lei um rol de medidas protetivas que têm em vista o combate a essa violência com algumas providências para solucionar os conflitos domésticos, até mesmo os de natureza patrimonial.¹⁰⁹

As outras convenções que têm o intuito de proteger as vítimas de violência é, na esfera global, a ONU com a Convenção para Eliminação de Todas as

¹⁰⁵ KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 16, n. 71, p. 266-296, mar-abr 2008. P. 269?

¹⁰⁶ KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 16, n. 71, p. 266-296, mar-abr 2008. P. 266?

¹⁰⁷ TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 26, 2002.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 40, 2007.

¹⁰⁹ PEDRINHA, Roberta Duboc. Reflexões sobre a questão de gênero: violência e igualdade na atualidade. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, p. 83-94, dez. 1996. P. 85?

Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) de 1º de fevereiro de 1984. No âmbito regional temos a OEA com a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará cuja ratificação pelo Brasil foi em 27 de novembro de 2005.¹¹⁰

A Convenção de Belém do Pará leva esse nome porque ocorreu nessa cidade. Nela a violência contra mulher é definida como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”.¹¹¹

A violência de gênero ou contra mulher é transmitida de geração para geração, por homens e mulheres, e torna a possibilidade de outros tipos de violência acontecerem mais facilmente. Por esse motivo ela é vista como parte da natureza humana. De maneira geral, Teles afirma que

“a violência de gênero é praticada pelo homem para dominar a mulher, e não eliminá-la fisicamente. A intenção masculina é possuí-la, é tê-la como sua propriedade, determinar o que ela deve desejar, pensar, vestir. Ele quer tê-la sob seu controle e ela deve desejar somente a ele próprio”.¹¹²

Ainda é de extrema importância ressaltar neste tema uma forma de violência que acontece com certa frequência, o assédio moral. Ele é considerado um meio pelo qual pessoas subalternas são constrangidas no espaço profissional. Os comportamentos abusivos podem ser através de gestos, palavras, atitudes que ameaçam a integridade física ou psíquica da pessoa. De acordo com uma pesquisa demonstrada por Teles, as principais vítimas dessa agressão são as mulheres.¹¹³

A violência moral encontra proteção penal contra os delitos que ofendam a honra como calúnia, difamação e injúria. Eles levam o nome de delitos contra a honra, porém se são praticados na esfera de natureza familiar ou afetiva passam a configurar a violência moral. Na calúnia o fato que o ofensor atribui à vítima é um crime; na injúria não existe um fato determinado atribuído. A calúnia e a

¹¹⁰ KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 16, n. 71, p. 266-296, mar-abr 2008. P. 270?

¹¹¹ TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 23, 2002.

¹¹² TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 24, 2002.

¹¹³ TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. Editora: Brasiliense, São Paulo, p. 27, 2002.

difamação atingem a honra objetiva e se consumam quando terceiros tomam conhecimento da imputação e a injúria atinge a honra subjetiva e se consuma quando o ofendido tem conhecimento da imputação. Quando esses delitos são cometidos contra a mulher no âmbito familiar ou afetivo, eles devem ser reconhecidos como violência doméstica.¹¹⁴

A Lei 11.340/2006 tem como primeiro aspecto relevante a edição de acordo com os preceitos da normativa internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres, especialmente, pelas já demonstradas, convenções da ONU e da OEA. O sistema de proteção é integrado, ou seja, a ordem jurídica interna e internacional se completam para garantir a segurança das vítimas, assim, tanto o Poder Judiciário como Poder Executivo devem cumprir seu papel na implementação da Lei. Essa Lei não cria um tipo penal novo, somente mostra que o tratamento será distinto das demais infrações penais já existentes com a adequação processual penal.¹¹⁵

A Lei 11.340 explicitou a tipificação e a judicialização da violência de gênero no país e enfatizou a necessidade das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher e dos Centros e Núcleos de Apoio Psicológico à Mulher. Nesse diploma legal ficaram estabelecidas medidas de proteção ao gênero feminino. Também foi formada a Central de Atendimento à Mulher, onde são recebidas por telefone denúncias anônimas de violência de gênero e a Saúde Especializada da Mulher está sendo instituída aos poucos por integrantes médicas. No mesmo caminho, temos a formulação do Programa Nacional de Direitos Humanos no Brasil, nas versões de 1996, 2002 2009, cuja uma das ações programadas é o combate a violência de gênero.¹¹⁶

A violência pela qual essas normas buscam proteger envolve, na maioria dos casos, outras pessoas, como por exemplo, os filhos, especialmente os mais jovens. Por se tratar de um assunto tão delicado, as Varas instituídas neste

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 54, 2007.

¹¹⁵ KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 16, n. 71, p. 266-296, mar-abr 2008.

¹¹⁶ PEDRINHA, Roberta Duboc. Reflexões sobre a questão de gênero: violência e igualdade na atualidade. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, p. 83-94, dez. 1996.

sistema são especializadas e compostas por psicólogo, assistente social, médico, enfermeiro, que devem ser capacitados para desempenhar o trabalho a que são destinados e ainda devem ter experiência profissional de 2 anos. Isso demonstra que a Lei ajuda a enfrentar a violência doméstica nos seus múltiplos aspectos e as mais diversas consequências, pois demanda a atuação conjunta de atendimento multidisciplinar nas áreas psicossocial, jurídica e da saúde.¹¹⁷

É importante destacar que no Congresso Nacional tramita um anteprojeto que faz várias referências ao gênero, que visa reformar a parte especial do Código Penal de 1940.¹¹⁸

Mesmo a mulher ainda sendo objeto da violência, percebemos que com o passar do tempo ela vem ocupando seu espaço no mundo rumo a igualdade de gênero. O século XX foi um grande marco para chegar a esse objetivo, o papel da mulher mudou na medida em que ela conquistou representação política, direito de votar e de ser votada.¹¹⁹

2.3. Dano moral e violência doméstica: meios reparatórios

Até pouco tempo atrás existia o pensamento de que o pagamento indenizatório nos casos de lesões extrapatrimoniais iria contra a moral, e, portanto, contra o Direito já que os direitos extrapatrimoniais tratavam unicamente do sofrimento. O chamado *pretium doloris* (preço da dor) não era admissível nos ordenamentos da tradição romano-germânica, somente era aplicável nos casos expressamente previstos pelo legislador civil.¹²⁰

Esse argumento que os tribunais utilizavam na década de 1960 de que indenizar a dor com dinheiro seria imoral não tem mais cabimento atualmente. A

¹¹⁷ KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 16, n. 71, p. 266-296, mar-abr 2008.

¹¹⁸ PEDRINHA, Roberta Duboc. Reflexões sobre a questão de gênero: violência e igualdade na atualidade. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, p. 83-94, dez. 1996.

¹¹⁹ PEDRINHA, Roberta Duboc. Reflexões sobre a questão de gênero: violência e igualdade na atualidade. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, p. 83-94, dez. 1996.

¹²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 145, 2003.

imoralidade estaria em deixar a pessoa lesionada sem qualquer meio de reparação. É claro que na visão da vítima, a lesão ao direito da personalidade é quase sempre irreparável. Todavia, isso não pode ser utilizado com uma desculpa para que não haja uma compensação pelo dano sofrido.¹²¹

No ressarcimento do dano moral, às vezes não existe a possibilidade da reparação natural, assim conforme Diniz expõe o ensinamento de Cupis irá atingir uma “situação material correspondente”.¹²²

A reparação mais comum do dano moral é, em regra, pecuniária. Essa reparação teria a função de diminuir os sentimentos negativos em superveniência dos positivos, o sofrimento poderia ser atenuado. O dinheiro seria somente um auxílio para facilitar a aquisição de tudo que a vítima quisesse adquirir para dar a ela uma compensação pelo mal sofrido.¹²³

Esse tipo de compensação deve ter o valor estipulado pelo Poder Judiciário observando a gravidade do dano em face das condições pessoais da vítima.¹²⁴ Diz-se compensação, porque o dano moral não é exatamente indenizável, indenizar significa “devolver” ao estado anterior, ou seja, eliminar os prejuízos e consequências, o que no caso de uma lesão extrapatrimonial não é possível. Assim, é preferível que o dano moral seja chamado de compensável, mesmo que na própria Constituição Federal seja utilizado o termo “indenização”.¹²⁵

Voltando ao olhar diferenciado para analisar em cada caso a gravidade do dano em face das condições pessoais da vítima, Schreiber pugna pelo exemplo de Perlingieri ao dizer que

“Assim, especial será o dano ao ouvido de um esportista ainda que não profissional que ama nadar ou para quem se diletta a ouvir música; assim como será especial o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um edifício sem elevador”.¹²⁶

¹²¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 17, 2011.

¹²² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 126, 2011.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 126, 2011.

¹²⁴ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 17, 2011.

¹²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 145, 2003.

¹²⁶ Pietro Perlingieri apud SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 17, 2011.

O papel do magistrado na reparação do dano moral é muito importante, já que compete à ele analisar cada caso, levando em consideração os elementos probatórios e medindo as circunstâncias.¹²⁷

Outra forma de compensar o dano moral são as não pecuniárias, se esta atender à vontade da vítima. Em muitos casos, essas têm maior relevância que a simples transferência de um valor. Como exemplo desse tipo de reparação, temos um empregado que tendo a honra ferida em razão de humilhações feitas pelo empregador no ambiente de trabalho leva a questão para a esfera judicial. Assim, se o empregador for condenado a afixar no ambiente de trabalho pedidos de desculpas, a compensação poderá ser ainda maior do que o simples pagamento em dinheiro.¹²⁸

Schreiber destaca que as duas formas de compensação do dano moral podem e devem ser aplicadas em conjunto para assim poder ser alcançada a reparação total da lesão sofrida pela vítima. Contudo, grande parte das cortes brasileiras continuam a compensar o dano moral exclusivamente por meio da indenização em dinheiro. O autor afirma que os tribunais já “despatrimonializaram” o dano, porém a sua reparação ainda não. Observa-se também que muitos advogados não apresentam interesse em pleitear outra forma de compensação que não seja a pecuniária. Para combater a insuficiência inevitável das somas de dinheiro, tem sido utilizado o argumento de que a responsabilidade civil deve ter um caráter punitivo, que garanta a vítima mais dinheiro.¹²⁹

Assim, adentramos nos punitive damages. Sua origem se deu em meados do século XVII, nos países de origem anglo-saxônica, os quais adotavam o Common Law.¹³⁰

Os punitive damages são uma forma de indenização que tem função punitiva. É atribuída à vítima uma quantia superior ao valor do dano sofrido com o objetivo de punir o ofensor e desestimular a repetição da conduta que causou a lesão.¹³¹ Segundo a doutrina dos punitive damages, a indenização decorrente do

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25ª ed. Editora: Saraiva, São Paulo, p. 127, 2011.

¹²⁸ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 17, 2011.

¹²⁹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 18, 2011.

¹³⁰ NETO, José Camilo. A doutrina do “punitive damage” e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7051>.

¹³¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 19, 2011.

dano moral, deve possuir duas finalidades, a de compensação pela vítima e a punição do autor da lesão, esta última sendo a característica principal dessa doutrina.¹³²

No Brasil este instituto não encontra previsão, o direito civil sempre teve a função reparatória e não a de punição. Todavia, no que concerne ao dano moral, essa forma que eleva a quantia da compensação tem sido utilizada.¹³³ Essa tendência de aplicação dos punitive damages geram várias discussões no plano doutrinário.¹³⁴

A doutrina tem feito referência ao “duplo caráter” da indenização por dano moral. O primeiro é de caráter compensatório que se destina a compensação da lesão sofrida, o segundo tem o caráter punitivo para que o causador da conduta lesiva se veja castigado pelo ato que praticou.¹³⁵

Com relação ao punitive damages, Schreiber expõe o pensamento de Porto de que alguns doutrinadores acreditam que “a indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto”. Outros se referem a ele como uma função “pedagógica”. Em qualquer um dos casos, o que é claro é que o agente causador do dano se torna obrigado a reparar a vítima em quantia superior ao dano sofrido.¹³⁶

Para quantificar o dano moral são usados quatro critérios: a gravidade do dano; a capacidade econômica da vítima; o grau de culpa do ofensor; e a capacidade econômica do ofensor.¹³⁷ Estes dois últimos têm a função exclusivamente punitiva, porque não tratam do dano em si, mas da conduta e da pessoa do ofensor.¹³⁸

A utilização dos critérios punitivos para calcular a indenização por dano moral gera dúvidas. Primeiramente, esse uso está em desacordo com o artigo

¹³² NETO, José Camilo. A doutrina do “punitive damage” e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7051 >.

¹³³ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 19, 2011.

¹³⁴ NETO, José Camilo. A doutrina do “punitive damage” e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7051 >.

¹³⁵ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 19, 2011.

¹³⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 20, 2011.

¹³⁷ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 20, 2011.

¹³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 173, 2003.

944 do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Desvia-se ainda de princípios do ordenamento brasileiro, porque dá ao juiz a possibilidade de estipular e aplicar uma pena sem prévia cominação legal, e o pior é que a pena ainda é aplicada em processo civil, sem as devidas garantias do processo penal. Ademais, não existe justificativa para esse valor adicional, que somente tem a função de punir o agente causador do fato danoso. Por último, nenhum dos defensores da tese dos punitive damages explica o motivo desse caráter estar somente ligado ao dano moral. Se a justificativa da indenização é a conduta do ofensor, então não há porque não aplicá-la também ao dano patrimonial.¹³⁹

É importante ressaltar que no Brasil o pagamento imputado ao condenado é um valor fechado, não é como no sistema norte-americano cuja distinção entre o que representa o valor compensatório e o que representa a punição estão claros. Isso prejudica a ampla defesa do réu e também a finalidade da indenização punitiva, haja vista que se torna desconhecida a extensão da pena.¹⁴⁰

Por esses vários motivos a utilização dos punitive damages não deve ser utilizada no Brasil. A proteção aos direitos da personalidade pode e deve ser realizada por outros meios, como por exemplo, a compensação não pecuniária. Schreiber acredita que a única razão para uma indenização punitiva é o valor baixo das indenizações compensatórias, e esse problema pode ser facilmente resolvido se as cortes passarem a quantificar os danos à pessoa humana de modo mais generoso ao invés de se prenderem à valores que raramente se distanciam por acreditarem que deve ser mantida uma uniformidade nos cálculos das indenizações. Isso vai totalmente contra a o que o dano moral representa – singular, inigualável e diverso para cada pessoa.¹⁴¹

¹³⁹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 20, 2011.

¹⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 20, 2011.

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 20, 2011.

Capítulo 3 - Análise jurisprudencial da tutela dos direitos da personalidade decorrente de violência doméstica

Neste capítulo, será feita uma análise jurisprudencial a respeito do caso. Como foi aplicado, ou não, este dano moral como reparação em situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, seu modo e valores. Quando este dano moral não poderá ser aplicado como condenação ao causador da lesão e os argumentos que baseiam esta decisão.

3.1. Jurisprudência favorável à tutela do dano moral na violência doméstica

O acórdão do presente caso está registrado sob o nº 532.855 e foi julgado pela 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Este teve como Relatora a Desembargadora Sandra Reves Vasques Tonussi. A ementa do referido encontra-se registrada abaixo:

“E M E N T A

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. CIVIL. GRAVES OFENSAS À EX-MULHER. AUTONOMIA DAS ESFERAS PENAL E CIVIL. DANO MORAL, NA HIPÓTESE, CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A par de sequer provado nos autos que a ação em tramitação na Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher trata dos mesmos fatos que ensejaram a propositura desta demanda indenizatória, conforme a expressa disposição normativa do art. 935 do Código Civil, a responsabilidade civil é independente da criminal e não enseja a suspensão deste processo. Preliminar de nulidade rejeitada. 2. Na hipótese, restou incontroverso o fato do injusto e gravíssimo insulto do réu, ora recorrente, à sua ex-mulher. 3. **A par da condenação ética, injuriar por mensagens escritas, utilizando palavras ofensivas e de baixo calão, configura ato ilícito e o dever de indenizar, conforme regra do arts. 186, 927 e 953 do Código Civil** 4. Ressalte-se, neste ponto, que a ausência de justificativa ao destempero irascível e violento do recorrente, apenas **revela o acerto com que se houve o ilustre Juízo de origem ao condená-lo a indenizar os danos morais por violação à dignidade e à honra da autora**, sua ex-mulher e genitora de seu filho menor. 5. Sobre a dignidade humana é oportuna a transcrição da lição de Fábio Konder Comparato (KOMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 622), *litteris*: “Se a justiça consiste em sua essência, como ressaltaram os antigos, em reconhecer a todos e a cada um o que lhes é devido, esse princípio traduz-se, logicamente, no dever de integral e escrupuloso respeito àquilo que,

sendo comum a todos os humanos, distingue-os radicalmente das demais espécies de seres vivos: a sua transcendente dignidade.” 6. Confira-se ainda a irretorquível ilação de Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149.), verbis: “Segundo ilustre doutrina, embora a Lei Maior faça referência expressa à violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ‘não importa o casuísmo’. **O que tem relevância é a circunstância de haver um princípio geral estabelecendo a reparabilidade do dano moral, independentemente do prejuízo material. A incidência desse princípio abrange todas as possibilidades de lesão ao livre desenvolvimento da pessoa em suas relações sociais, incluindo aquelas de cunho mais marcadamente patrimonial, mas que também podem trazer efeitos daninhos à sua dignidade.** Recentemente, afirmou-se que ‘o dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade’. Se não se está de acordo, todavia, com a criação de um ‘direito subjetivo à dignidade’, como foi sugerido, **é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante de nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados.** A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha. Assim, no Brasil, é a ordem constitucional que está a proteger os indivíduos de qualquer ofensa (ou ameaça de ofensa) à sua personalidade. **A ofensa tem como efeito o dano propriamente dito, que pode ser das mais variadas espécies, todas elas ensejadoras de repercussão sem qualquer conteúdo econômico imediato, reconduzíveis sempre a aspectos personalíssimos da pessoa humana – mas que não precisam classificar-se como direitos subjetivos – e que configuram, em última ratio, a sua dignidade.**” 7. A indenização foi fixada em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), e não merece reforma nesta instância revisora, haja vista que apenas o causador do dano recorreu, devendo ser mantida a sentença em observância à vedação legal da *reformatio in pejus*. Com efeito, embora, a princípio, revele moderação, a indenização fixada atende apenas à sua natureza compensatória, em patamar, assim, inadequado em face das circunstância descritas, sem considerar a natureza igualmente preventiva, na hipótese, da indenização. Registre-se, por oportuno, a respeito do caráter igualmente dissuasório da indenização por dano moral, que o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 968019/PI, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, assentou que: “(...) A indenização deve ter conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer injustamente a vítima.” (DJ 17.09.2007 p. 280). 8. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. A súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do art. 46 da Lei nº 9.099/95. Condenado o recorrente ao pagamento das

custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 20% (vinte) do valor da condenação, que resta suspenso em razão da gratuidade de Justiça que lhe foi deferida, na forma da Lei n. 1.060/50.”

O caso apresentado trata de uma situação de violência doméstica cujo ex-marido, aqui tido como apelante, proferiu ofensas contra a ex-companheira, apresentada como apelado. No caso em questão, o ofensor, por meio de mensagens escritas e usando palavras de baixo calão, praticou crime contra a honra da ofendida, afrontando assim a dignidade dela.

Os delitos contra a honra como calúnia, difamação e injúria, que são um tipo de violência moral, encontram proteção penal. Quando estes são praticados na esfera familiar ou afetiva eles se tornam uma violência moral, e se ainda cometidos contra a mulher devem ser considerados como uma violência doméstica.¹⁴²

A dignidade da pessoa humana é a base dos direitos da personalidade e encontram-se na categoria de direitos subjetivos. Esses direitos têm como fim garantir o gozo e o respeito a própria pessoa titular do direito em qualquer manifestação.¹⁴³ A dignidade humana tem como objetivo a proteção das pessoas, tendo ela “sempre como um fim e nunca como um meio”.¹⁴⁴ No nosso sistema jurídico esta dignidade humana é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e está estabelecida expressamente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.¹⁴⁵

Sem deixar de observar que a dignidade humana é mutável, porque, como já foi analisado neste trabalho o que é considerado relevante para o ser humano está sempre se transformando em virtude de vários motivos, temos como exemplo de merecimento da tutela jurisdicional a honra¹⁴⁶ e, como no caso da

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 54, 2007.

¹⁴³ BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.25, 2005.

¹⁴⁴ Kant, 1997 apud SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p. 8, 2011.

¹⁴⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

¹⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora Atlas, São Paulo, p.8, 2011.

ementa analisada, foi o objeto lesionado da vítima em razão das ofensas proferidas pelo ex-marido.

Passando para a análise dos elementos pontuados pela desembargadora relatora o tema introduzido no item 1 diz respeito sobre uma possibilidade da nulidade pleiteada pela parte apelante. Na decisão proferida pela relatora é explicitado que a ação tramitada na Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher trata dos mesmos fatos que levaram à ação indenizatória e por essa razão, de acordo com o artigo 935 do Código Civil, por serem a responsabilidade civil e criminal independentes, não haveria a necessidade de suspensão do processo.¹⁴⁷

Em seguida ela aponta que é incontestável o fato ofensivo praticado pelo réu, cuja denominação devido a fase processual passou a ser recorrente. Assim, sendo correta a condenação do ofensor no que concerne a configuração do ato ilícito e a obrigação dele de indenizar a vítima pelo fato danoso conforme previsão expressa nos artigos 186, 927 e 953 do Código Civil.¹⁴⁸

No elemento 4, a desembargadora relatora complementa que por não haver justificativa para a atitude violenta do ofensor fica claramente demonstrada a decisão correta do juízo de origem em condená-lo em danos morais pela violação à dignidade e honra da ex-mulher. Deste modo, a desembargadora adentrou mais profundamente no tópico relativo a dignidade humana e seus meios de proteção.

Para Moraes, mesmo que exista um prejuízo material, viole um direito extrapatrimonial ou a dignidade lesionada não estiver estabelecida por

¹⁴⁷ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹⁴⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

nenhuma norma jurídica, sempre haverá uma violação ao direito de proteção da pessoa humana.¹⁴⁹

Danos morais e direitos da personalidade estão muito ligados. Até existe a indagação da possibilidade de existir um fora do âmbito do outro. Por causa da natureza não patrimonial dos direitos da personalidade e do dano moral, o primeiro se adequa facilmente ao segundo.¹⁵⁰

O dano moral deve ser entendido como a lesão a um direito da personalidade que se encontra sobre o objeto atingido, ou seja, o interesse lesado.¹⁵¹

Por fim, como resultado deste caso concreto, temos a manutenção da sentença do juízo de origem condenando o recorrente ao pagamento de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de indenização, não sendo permitido a instância recursal reformar tal quantia em virtude do princípio da *reformatio in pejus*, haja vista que só o ofensor recorreu.

No entanto, a desembargadora relatora ressalta que a indenização fixada foi moderada acolhendo somente a natureza compensatória da situação e isto, analisado de forma equivocada, pois não considerou a natureza preventiva desta. Para tal afirmação, ela cita o REsp 968019/PI julgado pelo STJ, que teve como relator o Ministro Humberto Gomes de Barros que convencionou que a indenização deve ter um caráter didático para assim reduzir a reincidência do autor do fato prejudicial sem também o injusto enriquecimento da vítima.

Como já foi visto neste trabalho, este pensamento demonstrado pela desembargadora e também pelo Ministro relator da REsp supracitada é chamado pela doutrina de “duplo caráter” da indenização por dano moral. O primeiro tem o objetivo de compensar a lesão sofrida e o segundo de punir o responsável pela lesão, esse último conhecido por punitive damages.¹⁵²

¹⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa Humana. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, p. 183, 2003.

¹⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: dano moral. Editora: Forense, Rio de Janeiro, p. 347, 2002.

¹⁵¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 16, 2011.

¹⁵² SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 19, 2011.

Apesar das discussões doutrinárias acerca deste instituto¹⁵³, o Brasil tem adotado essa justificativa para se elevar o valor da indenização mesmo não tendo previsão expressa.¹⁵⁴

Com relação ao punitive damages, Schreiber pontua que alguns doutrinadores analisam isso como uma forma de penalização do culpado. Outros acreditam que ele teria uma função “pedagógica”. Mas de qualquer forma, o que é evidente é que o responsável pelo dano fica obrigado a reparar a vítima com um valor acima ao dano sofrido.¹⁵⁵

Este mesmo autor se posiciona pela não utilização dos punitive damages no Brasil, isto em razão de vários motivos já apresentados neste trabalho. Ele acredita que os direitos da personalidade devem ser tutelados de outra forma, por exemplo, a compensação não pecuniária. Para ele, o motivo de uma indenização com função punitiva é o valor baixo o qual as cortes se prendem ao decretar a indenização compensatória. Tal problemática poderia ser resolvida se estas valorassem os danos à pessoa humana de acordo com cada caso, sem se aterem a quantias muito parecidas por acreditarem que estas devem seguir um padrão e ser semelhantes entre si. Este pensamento é contrário a singularidade e diversidade do dano moral para cada pessoa.¹⁵⁶

Contudo, tal utilização ou não do punitive damages ainda causa uma grande divergência entre os membros do universo jurídico, não se tem um consenso a respeito disso. Uns acreditam ser necessário para prevenir que o ofensor cometa o ato violento novamente e fazer com que ele “aprenda” sobre a má conduta praticada. Outros acham que seja uma afronta aos princípios porque o juiz pode estabelecer uma pena e aplicá-la sem prévia cominação legal, e ainda sendo aplicada em processo civil, sem as garantias do processo penal e também à legislação, como o artigo 944 do Código Civil que prevê que a indenização deve ser formulada com base na extensão do dano.¹⁵⁷

¹⁵³ NETO, José Camilo. A doutrina do “punitive damage” e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7051>.

¹⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 19, 2011.

¹⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 20, 2011.

¹⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 20, 2011.

¹⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. Editora: Atlas, São Paulo, p. 20, 2011.

3.2. Jurisprudência desfavorável à tutela do dano moral na violência doméstica

O acórdão do presente caso está registrado sob o nº 740.113 e foi julgado pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Este teve como Relator o Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira. A ementa do referido encontra-se registrada abaixo:

“E M E N T A

CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RECURSOS DE APELAÇÃO. REPARAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. DANO *IN RE IPSA*. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 387, IV DO CPP. ARTIGO 63 DO CPP. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVO. REINCIDÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO ANTES DA DATA DE COMETIMENTO DO NOVO DELITO. ARTIGO 63 DO CP. NOVA DOSIMETRIA.

1. Ao Juízo criminal cabe tão somente condenar a reparar os danos diretamente relacionados ao delito e facilmente comprovados. As demais reparações devem ser buscadas no Juízo cabível, à luz do artigo 63 do CPP. 2. Nos crimes de violência doméstica e familiar, entende esta Corte que a palavra da vítima assume especial relevo, pois normalmente são cometidos sem testemunhas, hipótese dos autos. 3. Para fins de reincidência, o artigo 63 do CP é taxativo: “Art. 63 - *Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”. 4. Recursos conhecidos. Negou-se provimento aos recursos da acusação e da assistência da acusação. Deu-se Parcial provimento ao recurso da defesa, para reformar a r. sentença a quo tão somente para afastar a agravante de reincidência, gerando nova dosimetria da pena definitiva de 1 mês e 22 dias, sendo 17 dias de prisão simples e 35 de detenção; e para suspender a pena pelo prazo de 2 anos, na forma do artigo 77 do Código Penal, sob as condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução.”

A situação apresentada no caso em questão trata da sentença proferida pelo magistrado do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Circunscrição Judiciária do Núcleo Bandeirante/DF. Nesta, o ofensor foi condenado a algumas práticas ilícitas entre elas as previstas nos artigos 5º, inciso III e 7º, incisos I e II da Lei nº 11.340/06.¹⁵⁸ Assim, Ministério Público, assistência de acusação e defesa interpuseram apelações criminais.

¹⁵⁸ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: III - em qualquer relação íntima de afeto, na

A acusação, tanto Ministério Público como assistência, requereu a condenação do ofensor ao pagamento de uma quantia referente à reparação civil da ofendida pelos danos morais e/ou materiais lesionados, afirmando estar presente nos autos do processo o pedido expresso no que diz respeito a esta reparação civil.

No relatório proferido pelo desembargador relator ele pontua que esse requerimento foi realizado antes da citação do réu, obedecendo assim aos ditames de contraditório e ampla defesa. Contudo, ele coloca como justificativa do juízo de origem por não condenar o ofensor à reparação a inexistência de prova demonstrada no sentido de prejuízo sofrido pela vítima.

Essa justificativa explanada pelo juízo *a quo* é seguida pelo desembargador, haja vista que ele também entende que não houve nenhuma produção de prova que demonstrasse a violação na esfera íntima ou de imagem da vítima, impossibilitando assim um fundamento para a condenação pleiteada pelos membros da acusação.

Neste caminho, é destacado por ele a REsp 1176708/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça aduzindo que:

“2. Inexistindo nos autos elementos que permitam a fixação do valor, mesmo que mínimo, para reparação dos danos causados pela infração, o pedido de indenização civil não pode prosperar, sob pena de cerceamento de defesa.”

qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Por último o desembargador aborda a questão prevista no artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal¹⁵⁹, declarando assim que é permitida a condenação de reparação de danos civis no âmbito penal.

Em contrapartida ele afirma que a função principal da esfera penal é a persecução, não sendo cabível a esta constatar e valorar os danos já que estes necessitam de uma comprovação além da simplesmente documental.

Como aspecto contrário a aplicação do dano moral o desembargador relator alega em seu voto que “interpretar que todos os crimes e contravenções penais geram, por si só, a espécie de dano no Direito conhecida como *in re ipsa* é perigoso e precipitado”. Isto porque, se assim for entendido, todos os crimes poderiam gerar ações cíveis que teriam que ser analisadas pelo juízo criminal, desvirtuando assim a natureza desta esfera processual.

Complementando este pensamento ele traduz a possibilidade estabelecida no artigo 63, parágrafo único do Código de Processo Penal.¹⁶⁰

Deste modo, ele acredita que assim como o artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal não pode se tornar “letra morta”, o artigo 63 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal também não podem, considerando que a criação deste último artigo teve o objetivo de execução e até “liquidação” das sentenças penais na esfera cível, devendo apenas estipular o valor devido e promover a sua respectiva cobrança.

Com isso, no caso em questão fica demonstrada a postura do desembargador relator, assim como o do revisor e do vogal, de que há possibilidade da aplicação do dano moral por meio do juízo criminal, porém este deve ser executado perante o juízo cível.

¹⁵⁹ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

¹⁶⁰ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do [inciso iv do caput do art. 387 deste Código](#) sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. [\(Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008\).](#)

Este acórdão não é totalmente contrário a tese demonstrada neste trabalho, ele trata de uma questão processual. A afirmação feita pelas decisões dos desembargadores é de que a esfera penal é incompetente para executar a indenização por dano moral nos casos de violência doméstica e que há possibilidade de estipular um valor se existirem provas contundentes sobre o prejuízo causado pela lesão.

CONCLUSÃO

Pela análise realizada dos tópicos abordados neste trabalho constatou-se que há possibilidade da aplicação do dano moral como meio de reparação de lesões sofridas em virtude de violência doméstica e familiar contra a mulher.

De acordo com o que se depreendeu dos assuntos tratados, a dignidade ferida da pessoa prejudicada por violência no âmbito doméstico e familiar merece tutela e assim, também sua devida reparação quando esta é afetada.

O dano moral tem como raiz de sua definição uma lesão ao ser humano, sendo que esta lesão não tenha como resultado, pelo menos de forma principal, uma perda pecuniária. Ele não se trata da dor sofrida, é na verdade uma seqüela do dano ocorrido. Há o direito quando o prejuízo da vítima tiver ligação a um bem extrapatrimonial dos direitos de personalidade e ao que está conferido à pessoa.

Desta forma pôde ser feita a ligação entre o dano moral e a violência doméstica haja vista que esta se trata de uma lesão que, muitas vezes física, porém às vezes ferindo mais intensamente a integridade moral da pessoa lesada.

É evidente que ao violentar a integridade moral de uma pessoa não existe um valor exato ou nenhuma forma que contrapese o dano sofrido para curar a lesão, ainda mais se considerarmos que neste caso específico acontece no âmbito doméstico e familiar, ou seja, executada por alguém próximo em um ambiente que se considera seguro. Porém, a vítima não pode ficar prejudicada por causa da violência perpetrada contra ela, e a indenização por danos morais é um meio encontrado que serve para diminuir a consequência sofrida. Conforme foi relatado neste estudo, alguns doutrinadores e também magistrados ainda acreditam que esta reparação deve ser aplicada de forma majorada como meio de punição do responsável pelo fato e com um sentido didático, para que o culpado pelo ato violento aprenda que se trata de uma conduta ilegal.

Não pode ser usado mais o argumento de que a dor sofrida pela vítima deste tipo de violência não pode ter sua reparação por meio do dano moral porque esta mesma dor não pode ser medida, hoje em dia isto é incabível. Até

mesmo porque, conforme estudado nesta pesquisa, para haver a compensação não será medida a dor e sim as consequências geradas pelo dano. A vítima deve ter o seu prejuízo compensado e, neste caso, o dano moral foi demonstrado como meio de reparação, porém a aplicação deste não impede que os outros meios de compensação como, por exemplo, a compensação não pecuniária sejam também usados.

No que concerne aos valores da compensação, vimos que este deve ser aplicado conforme cada caso. Esta quantia não pode ser fixada de uma forma taxativa porque, conforme foi analisado, cada ocorrência merece a devida atenção de ser avaliada diferentemente uma das outras, pois o dano moral é singular, inigualável e gera uma consequência diferente para cada pessoa. Com toda certeza, não é por isso que ele deverá ser aplicado de forma discricionária e que banalize ainda mais este instituto. É necessária a comprovação da consequência gerada por aquele ato praticado e as circunstâncias já observadas para que a reparação por dano moral possa ser aplicada da forma mais correta possível, sem que a vítima só busque o enriquecimento em virtude da má conduta do gerador do dano.

Assim, diante do estudo apresentado, temos a possibilidade de compensação por dano moral nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e, com isso, a competência encontrada para julgar o pedido, com base nos casos apresentados e julgados, é do juízo cível e do criminal. Mesmo havendo previsão legal de condenação de reparação civil no âmbito penal há o artigo que estabelece a promoção de execução da sentença condenatória no juízo cível. Assim, para nenhum destes artigos se tornar “letra morta” é entendido que pode ser estipulado um valor para reparação na esfera penal, contudo esta deve ser executada no juízo cível.

REFERÊNCIAS

Livros e periódicos

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da Personalidade: De Acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. 1ª ed. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JÚNIOR, Sergio Vieira Branco. Direitos da personalidade, pessoas jurídicas e danos morais. Temas de direito civil empresarial.

KATO, Shelma Lombardi de. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 16, n. 71, p. 266-296, mar-abr 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Reflexões sobre a questão de gênero: violência e igualdade na atualidade. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, p. 83-94, dez. 1996.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

QUEIROGA, Antônio Elias de. Responsabilidade civil e o novo código civil. 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade, São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Américo Luís Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TELES, Maria Amélia de Almeida. O que é violência contra mulher. São Paulo: Brasiliense, 2002.

Endereço eletrônico

Acórdão 532.855. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 13 de março de 2014.

Acórdão 740.113. 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 20 de março de 2014.

BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#). Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 de outubro de 2013.

BRASIL. Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 de março de 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 de março de 2014.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 18 de novembro de 2013.

NETO, José Camilo. A doutrina do “punitive damage” e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7051>. Acesso em: 21 de novembro de 2013.

REsp 968019/PI. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3314098&sReg=200602356630&sData=20070917&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 de março de 2014.

REsp 1176708/RS. 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000100227&dt_publicacao=20/06/2012. Acesso em: 03 de abril de 2014.

SOUZA, Valéria Pinheiro de. Violência doméstica e familiar contra a mulher – a lei Maria da Penha: uma análise jurídica. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/violencia-domestica-familiar-contra-mulher-lei-maria-.htm>>. Acesso em: 14 de novembro de 2013.